



3

O DIREITO FUNDAMENTAL À CIDADE SUSTENTÁVEL E A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO: ESTUDO DE CASO

Vinicius de Melo Lima*

Sumário: 1. Das torres à cidade de Torres. 2. A lógica da acumulação, a causalidade cumulativa e a figura do *free rider* como óbices à preservação da ordem urbanístico-ambiental. 3. A problemática da “cidade de papel” e a teoria do fato consumado. 4. As dimensões dos direitos fundamentais e o dever de proteção estatal dos cidadãos. 5. A incidência dos princípios da vedação da proteção insuficiente e da proibição do retrocesso urbanístico-ambiental: o direito à cidade sustentável como trunfo. 6. A atuação do Ministério Público e a tutela da cidade: do papel à concretização no mundo da vida. 7. Conclusões. 8. Referências Bibliográficas.

Resumo: Pretende-se com o presente artigo uma incursão sobre o direito fundamental à cidade sustentável, enfatizando-se a atuação do Ministério Público na defesa dos bens coletivos e da ordem urbanístico-ambiental, incluindo-se, ainda, um estudo de caso.

Palavras-chave: Cidade sustentável. Ministério Público. Estado Democrático de Direito.

Abstract: It intends with the present article an incursion about the fundamental right to sustainable city, emphasizing the action of the Public Attorneys in the defense of the collective property and the planning-environmental order, including, still, a case study.

Key words: Sustainable City. Public Attorneys. Democratic State of Law.

* Promotor de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, atualmente lotado na 3ª Promotoria de Justiça de Torres/RS. Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Lisboa/Portugal.

Revista do Ministério Público do RS	Porto Alegre	n. 68	jan. 2011 – abr. 2011	p. 33-58
-------------------------------------	--------------	-------	-----------------------	----------





1 Das torres à cidade de Torres

Amanheceu o dia em Torres, cidade do litoral gaúcho situada há aproximadamente 200 km de Porto Alegre, abençoada pelas belezas naturais e pela sua peculiar geografia.

Pessoas circulam pelas ruas, algumas levando os filhos ao colégio, outras se dirigindo aos locais de trabalho, a fim de dar prosseguimento à labuta para trazer o sustento do lar.

O Município possui tal designação devido a existência de três grandes rochedos: Torre Norte – Morro do Farol, Torre Centro – Morro das Furnas, e Torre Sul, junto à Praia da Guarita.

Comunidade receptiva, de trato acolhedor, tendo como um dos focos centrais o turismo, devendo-se a José Antônio Picoral, filho da colônia de São Pedro, dentre outras personalidades, o “forte impulso ao desenvolvimento de Torres”.¹

Um olhar sobre a paisagem revela um encontro do rio com o mar, em um dos momentos sublimes que a Natureza proporciona, além de um ecossistema singular, com rochedos, dunas e mata atlântica que abriga diversas espécies de fauna e flora. Um ambiente que merece proteção, máxime em tempos de crise da biodiversidade.

A praça Borges de Medeiros, conhecida como “praça da Prainha”, reúne várias famílias em torno da prosa e do chimarrão, soprando os ventos do mar e embelezando a cidade.

O Morro do Farol, por sua vez, expressa inequívoco valor ambiental e histórico, assim como a Igreja São Domingos, berço da urbanização da referida cidade litorânea, tombado pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico do Estado do Rio Grande do Sul.

A Lagoa do Violão encanta por sua paisagem associada à história de sua constituição, convidando à aproximação das pessoas no seu entorno, à saudável convivência comunitária.

O Parque da Guarita é um dos cartões-postais da cidade, além do Parque da Itapeva, unidade de conservação de proteção integral, servindo de moradia à conservação da biodiversidade.

Tais bens naturais fazem parte do acervo que diferencia a cidade de Torres das demais praias gaúchas, arriscando-me a dizer que se trata da mais bela cidade do litoral norte do Estado.

Por outro lado, lamentável é a conduta de alguns, ávidos em privatizar os lucros e socializar os prejuízos, olvidando-se que a Lei da Natureza pode trazer

¹ Nesse sentido, ver RUSCHEL, Ruy Ruben. *Torres tem história*. Nilza Huyer Ely (Org.) Porto Alegre: EST, 2004, p. 534.





sensíveis consequências à qualidade de vida das pessoas em geral. Tal quadro é comparável ao de um viajante sem bilhete, isto é, aquele que explora o bem coletivo (no caso, o ambiente saudável) às custas do sacrifício dos outros indivíduos que coabitam a *polis*. Polui os cursos d'água, constrói e destrói sem a observância das limitações constitucionais ao direito de propriedade, visto como “absoluto”, enfim, pauta seu agir com base em uma nefasta lógica individualista. Não se dá conta de que a acumulação de condutas, semelhantes à sua, arredam a ecologia da paisagem, sem falar das degradações ambientais que contribuem para as mudanças climáticas, provocando enchentes, alagamentos, inundações, soterramentos, entre outros eventos atribuídos ao acaso ou ao destino, atingindo vidas humanas, destinos, caminhos, sonhos...

Em uma navegação pelo Rio Mampituba, que divide os Estados do Rio Grande do Sul e de Santa Catarina, é possível verificar o lançamento de esgotos domésticos no curso d'água, bem como a existência de bombas de sucção captando água para abastecer determinadas lavouras de arroz, com a contaminação dos recursos hídricos em face da utilização de agrotóxicos.

É de pasmar, ainda, a possibilidade de edificações sem limites de altura em determinados lugares da cidade, com inequívocos danos à paisagem ambiental e à qualidade de vida das pessoas.

A rede de esgoto cloacal não é suficiente para atender todas as economias da cidade, além do que há ligações clandestinas de esgoto cloacal na rede pluvial. Some-se a isso o fato de a estação de tratamento de esgoto (ETE Mampituba) vir operando aquém de sua potencial capacidade, lançando efluente no Rio Mampituba com forte odor, alta turbidez e cor, conforme levantamento realizado em conjunto pelos técnicos do Ministério Público Estadual e do Ministério Público Federal. Conforme constataram os referidos técnicos a “capacidade de tratamento da ETE é de 216 l/s, entretanto a vazão média de operação varia de 50 l/s (inverno) à 120 l/s (verão)”.²

Isso sem falar no crescimento desordenado da cidade, o que proporcionou a formação de bolsões de pobreza em determinadas vilas, sem o mínimo existencial para uma vida digna (água, luz, tratamento de esgoto, etc.), sendo que algumas famílias ocupam áreas de risco, nomeadamente de soterramento em função do avanço das dunas, fenômeno provocado, dentre outros fatores, pela dinâmica dos ventos.

² Cf. LUIZELLI, Bequi Barros Behar. “Avaliação dos dados de sistema de esgotamento sanitário disponibilizados pelos Municípios do Litoral Norte do RS”. In: *Situação Ambiental do Litoral Norte do Estado do Rio Grande do Sul (2010)*. GT Litoral Norte. Informação Técnica nº 01/2010. Org. e Coord.: Bequi Barros Behar Luizelli, Luiz Fernando de Souza e André Weissheimer de Borba, fev. 2010.





A respeito de tais questões, já advertia o saudoso Desembargador e historiador Ruy Ruben Ruschel,³ em sua obra *Torres tem História*:

Precisamos preservar os valores paisagísticos, climáticos, sanitários, de moradia, de ocupação racional, de circulação, de bom gosto e de tradição para os atuais e futuros habitantes da cidade. É claro que os Gersons de hoje vão querer moldar a lei do plano diretor a seus próprios interesses imediatistas. Isto é próprio deles. Eles sempre o tentaram, e quase sempre com êxito, desde que o Brasil é Brasil, desde que era Portugal.

À luz da situação concreta em apreço, com amparo em uma interpretação tópico-sistemática, pretende-se imprimir rumo às seguintes indagações: Qual o lugar do Direito na tutela da cidade sustentável? Qual a atuação do Ministério Público e de que instrumentos jurídicos o agente ministerial dispõe para a tutela urbanístico-ambiental?

2 **A lógica da acumulação, a causalidade cumulativa e a figura do *free rider* como óbices à preservação da ordem urbanístico-ambiental**

Da tutela de bens jurídicos individuais, o Direito volve-se também, na atualidade, a técnicas de proteção dos bens jurídicos transindividuais ou coletivos, dentre os quais o ambiente e a qualidade de vida das pessoas nas cidades.

O que vem a ser um bem coletivo?

Na seara da economia, Sousa Franco assinala os aspectos essenciais de um bem coletivo: 1^o) o fato de prestar satisfações conjuntas (indivisibilidade das satisfações); 2^o) os bens coletivos são, por natureza, não exclusivos, logo, inapropriáveis; e 3^o) são bens não emulativos, ou seja, os indivíduos não entram em concorrência para obter a satisfação por eles.⁴

Sgubbi trouxe a temática do interesse difuso como objeto de tutela penal, salientando que, com a evolução do Estado Liberal para o Estado Social (*Welfare State*), houve o incremento de novas demandas por parte da coletividade, enfocando a proteção do consumidor.⁵ O interesse difuso, cuja noção é adequada à compreensão aos direitos ao ambiente e à genuidade dos bens de consumo, fragmenta-se numa pluralidade de situações subjetivas.⁶

³ RUSCHEL, Ruy Ruben. *Op. cit.* p. 351.

⁴ FRANCO, António Luciano de Sousa. *Manual de Finanças Públicas e Direito Financeiro*. v. 1. 4. ed. Lisboa, 1974, pp. 127-9.

⁵ SGUBBI, Filippo. “L’Interesse diffuso come oggetto della tutela penale (considerazioni svolte com particolare riguardo alla protezione del consumatore)”, *In: La Tutela degli Interessi Diffusi nel Diritto Comparato*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1976, pp. 547-94.

⁶ DIAS, Augusto Silva. “A estrutura dos direitos ao ambiente e à qualidade dos bens de consumo e sua repercussão na teoria do bem jurídico e na das causas de justificação”. *Jornadas de Homenagem ao Professor Doutor Cavaleiro de Ferreira*. Lisboa: Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1995, p. 185.





Nessa senda, Hefendehl, conferindo relevo ao objeto de tutela do bem jurídico coletivo, traça as seguintes características: uso não exclusivo, não distributivo e não divisível. Salienta que um bem jurídico será coletivo quando seja fática ou juridicamente impossível dividi-lo em partes e atribuí-las de forma individual em tais porções.⁷

A acumulação reflete a ideia de equivalência material para suprir a ausência de uma causalidade real, tendo como referência a probabilidade empírica e real em torno da multiplicidade da conduta em si inofensiva, considerada isoladamente. A responsabilidade do indivíduo fundamenta-se na repetição inumerável do comportamento por terceiros, lesionando ou pondo em perigo o valor tutelado, e deriva do dever de cooperação para a preservação do bem jurídico coletivo.

De início, Kuhlen⁸ pautava a cumulatividade numa mera hipótese. Ao evoluir sua concepção, salienta que a soma dos contributos singulares tem que contar com uma alta probabilidade, ser praticamente certa, conduzindo à ocorrência do dano coletivo.

Dessa maneira, se o agente lança resíduos num rio ou não paga seus impostos, as condutas exemplificadas, partindo-se de um raciocínio cumulativo (e se todos fizessem isso?), adquirem relevância jurídica.

Já na esfera da causalidade cumulativa, a soma de causas provoca um resultado naturalístico (material) – o qual não é pressuposto da acumulação. Existe um resultado unitário que é consequência de vários resultados individuais, ou seja, contributos que, por sinergia, produzam um dano.

Por sua vez, a figura do *free rider*, oriunda da teoria econômica e da filosofia moral, somente aplicável aos bens coletivos, diz respeito ao viajante sem bilhete, ao indivíduo egoísta que age sob o império de uma razão instrumental calculadora (*homo economicus*),⁹ cujo comportamento desconsidera as expectativas comunitárias em torno da preservação de bens jurídicos fundamentais no seio social.

⁷ HEFENDEHL, Roland. *Debe ocuparse el Derecho Penal de Riesgos Futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto*. Disponível em <http://www.criminet.ugr.es/recpc>. Acesso em 10 de janeiro de 2011.

⁸ KUHLEN, Lothar *apud* DIAS, Augusto Silva. “What if everybody did it? Da incapacidade de ressonância do Direito Penal à figura da acumulação”. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, nº 13, 2003, p. 307. Na seara criminal, a construção dogmática dos *Kumulationdelikt* (delitos cumulativos) deve-se à obra de Kuhlen, em relação ao delito de contaminação de águas previsto no Código Penal Alemão (§ 324 do StGB). Há críticas doutrinárias no tocante à incriminação com base na ideia de acumulação, por implicar na imputação da responsabilidade pelo fato de terceiros, com base na mera probabilidade de repetição dos comportamentos, através de um juízo de prognose calcado na eventual ocorrência de um dano futuro, sustentando-se a violação aos princípios da culpa, da ofensividade e da proporcionalidade.

⁹ Ver BORGES, Anselmo. “O crime econômico na perspectiva filosófico-teológica”. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. nº 10, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 7.





O *free rider* não compartilha da concepção de solidariedade, atuando com deslealdade comunicativa. Seu agir demonstra inequívoco desvalor moral, desconsiderando as estruturas normativas do reconhecimento recíproco. Na esfera ambiental, por exemplo, o agente, sabendo que os demais contribuem para a preservação da qualidade de vida e do meio ambiente em condições sustentáveis e de equilíbrio, auferir vantagem injusta ao lançar efluentes acima do permitido, num córrego que passa nas proximidades de sua empresa.

No âmbito da teoria econômica, o *free rider* é concebido como uma figura parasitária, que aproveita injustamente o cumprimento das normas por parte dos demais membros da coletividade, não contribuindo com os custos necessários para a preservação do bem coletivo, inserindo-se na lógica das ações coletivas. Por exemplo, quando há um ataque à defesa nacional (bem coletivo), a reação institucional do governo alvo vai beneficiar mesmo aqueles que não contribuíram com o pagamento de impostos, uma vez que se trata de um bem indivisível e não distributivo, logo, não é passível de exclusão do seu gozo pelo *free rider*.¹⁰

Do ponto de vista filosófico, Rawls¹¹ e Feinberg¹² fundamentam suas teorias na necessidade de respeito ao próximo, isto é, no sentido de que a vida em sociedade carece de solidariedade entre os indivíduos, a fim de que os danos sejam evitados¹³.

Oportuno é referir que a mencionada figura cruza-se, mas não coincide na sua totalidade com a da acumulação. A ausência de dano na conduta do *free rider* é devida ao fato de que a maioria refreia o seu interesse egoísta. Daí que o problema surge no contexto cumulativo apenas quando reunidas duas condições essenciais: a comprovação de que a conduta do agente é tida como prática egoísta ou obtenção de um benefício injusto à custa da cooperação solidária dos demais; a conclusão de que tal comportamento é cometido em número suficiente para que a sua continuidade constitua uma ameaça para o bem coletivo. Ademais, a lógica do grande número pode ser explicada, em determinadas situações, pelo hábito e não sob a perspectiva do parasita moral.¹⁴

¹⁰ “The Free Rider Problem”. *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/free-rider/>>. Acesso em 10 de janeiro de 2011 e BUCHANAN, James M. *The demand and supply of public goods*. Rand McNally Economics Series, 1968, pp. 77-99.

¹¹ RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Trad. Carlos Pinto Correia. 2. ed. Lisboa: Editorial Presença, 2001, p. 215 e ss.

¹² FEINBERG, Joel. *Harmless wrongdoing (the moral limites of the criminal law)*, v. IV, 1988, pp. 13 e ss. e 202 e ss.

¹³ RAWLS, John. *Op. cit.*, p. 215.

¹⁴ Cf. DIAS, Augusto Silva. “What if...”, *Op. cit.*, pp. 319-20.





3 A problemática da “cidade de papel” e a teoria do fato consumado

A condição humana depende do ser com o outro, ou seja, da interação na vivência comunitária, já que “nem mesmo a vida do eremita em meio à natureza selvagem, é possível sem um mundo que, direta ou indiretamente, testemunhe a presença de outros seres humanos”.¹⁵

A preservação da ordem urbanístico-ambiental não é um fim em si mesmo, mas um valor fonte que brota da dignidade da pessoa humana, na defesa dos direitos humanos e fundamentais. Ensina Machado¹⁶ que a ordem urbanística é “o conjunto de normas de ordem pública e de interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança, do equilíbrio ambiental e do bem-estar dos cidadãos”, devendo significar a “institucionalização do justo na cidade. Não é uma ‘ordem urbanística’ como resultado da opressão ou da ação corruptora de latifundiários ou especuladores imobiliários, porque aí seria a desordem urbanística gerada pela injustiça”.

Dentre os argumentos lançados em lides desse viés, merece atenção o referente à teoria do fato consumado.

Com efeito, tendo em vista a inércia administrativa na adoção de providências decorrentes do exercício do poder de polícia (autuações, multas, embargos, etc.), há casos em que construções em estágio avançado de evolução, mesmo em face da inobservância da ordem urbanística, são concluídas com amparo na denominada teoria do fato consumado.

Mas o que vem a ser o fato consumado?

O fato consumado é aquele que nasce do acontecimento do mundo da vida, o qual pretende o respectivo titular de uma pretensão o reconhecimento jurídico de uma situação já consolidada, com esteio na boa-fé objetiva.

Por outro lado, nota-se o “empenho” de certos empreendedores em fazer vingar tal tese, para se aceitar a construção de empreendimentos com a localização e a altura desejadas, em nítido prejuízo às expectativas comunitárias em torno da observância da Constituição Federal e da legislação de regência em matéria urbanística.

Afinal de contas, na ótica do *free rider*, qual o problema em se desrespeitar os recuos, o gabarito (altura da edificação) ou mesmo a zona prevista no Plano Diretor, se o Município quedar-se inerte diante dos “espigões”, ou, ainda, admitindo-se a adoção de “medidas compensatórias” de eventuais impactos gerados?

¹⁵ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, p. 31.

¹⁶ MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 16. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 388.





Vinicius de Melo Lima

Vale citar, aqui, a advertência do Ministro Herman Benjamin, no julgamento de Recurso Especial envolvendo restrições urbanístico-ambientais e o direito de construir, do qual foi relator:

O fato consumado, quando resultar de procedimento consciente, destinado a driblar a lei e os seus implementadores, é a própria negação do Direito. Condenará a ordem jurídica à desmoralização e ao descrédito o juiz que legitimar o rompimento odioso e desarrazoado do princípio da isonomia, ao admitir que restrições urbanístico-ambientais, legais ou convencionais, valham para todos à exceção de uns poucos privilegiados ou mais espertos. **O descompasso entre o comportamento de milhares de pessoas cumpridoras de seus deveres e responsabilidades sociais e a astúcia especulativa de alguns basta para afastar qualquer pretensão de boa-fé objetiva ou pretensão de ação inocente** (Recurso Especial nº 302906, Segunda Turma do STJ, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 26-8-2010; grifos nossos).

Entendimento diverso, *data venia*, comprometeria as balizas democráticas do Estado de Direito, nomeadamente o princípio constitucional da igualdade ou da isonomia, correndo-se o sério risco de se cair em uma autêntica “cidade de papel”, isto é, sem vida, com o menoscabo de seus valores ambientais, paisagísticos, urbanísticos e históricos, os quais são protegidos apenas formalmente, onde prevalece a omissão administrativa lesiva dos direitos fundamentais.

Dito de outro modo, significa pretender colocar preço naquilo que tem dignidade, malferindo-se princípios e o imperativo categórico Kantiano.¹⁷

Na “cidade de papel”, campeia um estado de letargia administrativa, havendo um abismo entre a previsão formal e o cenário das ruas, sendo nítidas as relações de subintegração e sobreintegração. Aqueles (subintegrados) são os indivíduos que não têm acesso ao mínimo para uma vida digna, não sendo convidados para o “banquete”, ao passo que estes (sobreintegrados) constituem parcela da população que estaria “acima” do Direito, contando com o apoio da burocracia estatal. Nesse sentido é o magistério de Neves:¹⁸

A subintegração é inseparável da sobreintegração. Esta se refere à prática de grupos privilegiados que, principalmente com o apoio da burocracia estatal, desenvolvem suas ações bloqueantes da reprodução do direito. Os sobreintegrados, em princípio, são titulares de direitos, competências, poderes e prerrogativas, mas não se subordinam regularmente à atividade punitiva do Estado no que se refere aos deveres e responsabilidades. Sua

¹⁷ Na lição de Kant, “No reino dos fins tudo tem um ou um **preço** ou uma **dignidade**. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como *equivalente*; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade.” KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2005, p. 77.

¹⁸ NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 250.





postura em relação à ordem jurídica é eminentemente instrumental: usam, desusam ou abusam-na conforme as constelações concretas e particularistas dos seus interesses. **Nesse contexto, o direito não se apresenta como horizonte do agir e vivenciar político-jurídico do sobrecidadão, mas antes como um meio de consecução de seus objetivos econômicos, políticos e relacionais.** Portanto, caso se pretenda insistir no termo 'exclusão', não apenas o subintegrado estaria "excluído", mas também o sobreintegrado: este estaria "acima" do direito, aquele, "abaixo". (grifo nosso)

4 **As dimensões dos direitos fundamentais e o dever de proteção estatal dos cidadãos**

A sociedade atual é tida como uma sociedade de riscos,¹⁹ decorrendo a possibilidade da produção de eventos imprevisíveis e incertos, cujos efeitos multiplicadores podem conduzir à afetação de bens vitais à sociedade organizada. Beck fala que os riscos são imprevisíveis e incontroláveis, não estando na margem de escolha do indivíduo, provenientes da denominada modernização reflexiva.

Com efeito, a modernização reflexiva implica em uma *autoconfrontação* com os efeitos negativos que a sociedade de risco produz na vida das pessoas. A teoria da reflexividade sustenta que "quando mais avança a modernização das sociedades modernas, mais ficam dissolvidas, consumidas, modificadas e ameaçadas as bases da sociedade industrial. O contraste está no fato de que isso pode muito bem ocorrer sem reflexão, ultrapassando o conhecimento e a consciência".²⁰

Mister é estabelecer algumas premissas básicas atinentes ao arcabouço normativo frente às mudanças de paradigma estatal, ou seja, as transformações sofridas pelo Estado de Direito, e seus reflexos na tutela dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, é de se destacar que o Estado Liberal, no momento histórico da Revolução Francesa, caracterizou-se pela proteção das denominadas "liberdades negativas", ou seja, cumpria ao sistema jurídico assegurar a defesa do súdito em face do poder do Estado, na perspectiva de assegurar o livre desenvolvimento do ser humano (direitos fundamentais de primeira geração ou dimensão – direitos, liberdades e garantias).

Desse modo, nota essencial ao Estado Liberal de Direito foi a submissão ao império da lei, vista como ato formal proveniente do Poder Legislativo.

A seu turno, no Estado Social de Direito (*Welfare State*), o individualismo e a neutralidade típicos do sistema liberal cedem lugar a um jaez social/material,

¹⁹ Nesse sentido, ver BECK, Ulrich. *Risk Society. Towards a New Modernity*. Trad. Mark Ritter. London, Thousand Oaks, New Dehli, Sage Publications, 1992, p. 11 e ss.

²⁰ BECK, Ulrich; GUIDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997, p. 16 e ss. e p. 210 e ss.





em função dos variados movimentos sociais do século passado. Seu intento consiste na adequação do modo de produção capitalista ao bem-estar social geral (neocapitalismo). Revela-se, porém, uma concepção insuficiente e ambígua, haja vista a “propensão do capitalismo ao controle econômico monopolista e à utilização de métodos políticos de caráter totalitário e ditatorial”.²¹

Na visão proporcionada pelo Estado Democrático de Direito, em que o poder emana do povo (Poder Constituinte), uma norma (infraconstitucional) só é considerada válida se possui coerência e compatibilidade com a Lei Maior. Assim, pode uma norma vigorar num determinado local (plano da vigência), mas não ser reconhecida como válida.

Se no Estado Liberal cultuava-se a lei, no Estado Democrático o culto é o da Constituição.

O Estado Social e Democrático de Direito volta-se não apenas para a manutenção da segurança jurídica, mas também com a “criação das condições materiais que permitam a cada um o livre desenvolvimento da sua personalidade e uma existência condigna”.²²

O paradigma do Estado Constitucional de Direito, ou seja, o modelo garantista,²³ não vem a ser outra coisa senão a dupla sujeição do Direito ao Direito, afetando ambas as dimensões de todo fenômeno normativo, tal como a vigência e a validade, destacando que os direitos fundamentais constituem a base da moderna igualdade, formando “*la esfera de lo indecible que y de lo indecible que no*”.

Por seu turno, os direitos fundamentais são “os direitos ou as posições jurídicas activas das *personas* enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material – donde, *derechos fundamentales em sentido formal e derechos fundamentales em sentido material*”.²⁴

A lesão a um princípio assume maior gravidade, notadamente em face da teoria material da Constituição, prevalecendo aí o entendimento de que um “sistema de valores via de regra faz a unidade normativa da lei maior. De tal sorte que todo princípio fundamental é norma de normas, e a Constituição é a soma de todos os princípios fundamentais”.²⁵

²¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 120.

²² NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 32.

²³ Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. 2. ed. Madrid: Trotta, 2001, pp. 22-4.

²⁴ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. Direitos Fundamentais. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 9.

²⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 365.





Como assevera Bobbio,²⁶ a problemática dos direitos humanos não é tanto a da justificação, mas sim, a da sua efetiva proteção. E tal tarefa afigura-se mais difícil no âmbito dos direitos sociais (incluindo-se os econômicos, culturais e ambientais), haja vista que reclamam uma intervenção ativa do Estado.

Nesse contexto, a interpretação acerca dos conflitos sociais exerce valor significativo na análise da compreensão do Direito, visto como fenômeno cultural e dinâmico, fruto do contexto espacial e temporal dos acontecimentos do mundo da vida.

Importa referir, sobretudo, que os direitos fundamentais de segunda (direitos econômicos, sociais e culturais) e de terceira dimensões (interesses difusos) também são merecedores de tutela, assim como os de primeira dimensão (direitos, liberdades e garantias), na condição de imperativos de tutela, em face de um dever de proteção estatal.

Na doutrina portuguesa, Nabais refere que o escasso desenvolvimento teórico acerca da concepção de deveres fundamentais decorre uma visão excessivamente liberal, fruto da história do Estado de Direito. Destaca a sua autonomia como categoria jurídico-constitucional própria ou “a face oculta dos direitos fundamentais”, ante a necessidade de se compreender o indivíduo como ente “simultaneamente livre e responsável”, contrastando a “afirmação do individualismo possessivo, apresentado aliás como um dos *apports* da pos-modernidade”.²⁷

Em decorrência do dever de proteção, como bem refere Calil de Freitas,²⁸ há uma dupla vinculação dos poderes públicos ao sistema de direitos fundamentais. Tal perspectiva está vinculada a uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais, havendo um dever jurídico de proteção dos cidadãos por parte do Estado, ao qual incumbe a adoção de medidas, inclusive penais, a fim de cumprir com sua função constitucional. Nessa linha, aduz Novais:²⁹

²⁶ BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. Trad. Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, pp. 80-4.

²⁷ NABAIS, José Casalta. “A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos”. *Por uma liberdade com responsabilidade*. Estudos sobre direitos e deveres fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 169. Sobre a teoria dos deveres fundamentais, ver NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 1998, definidos como “deveres jurídicos do homem e do cidadão que, por determinarem a posição fundamental do indivíduo, têm especial significado para a comunidade e podem por esta ser exigidos”. (*Op. cit.*, p. 64)

²⁸ Sustenta o autor que, “no sentido negativo, a vinculação se dá em termos de vedar toda e qualquer atuação dos poderes constituídos que importe afronta aos direitos fundamentais, sob pena de inconstitucionalidade por ação; no sentido positivo, a vinculação obriga os poderes constituídos a realizarem tarefas de concretização e efetivação dos direitos fundamentais, sob pena de inconstitucionalidade por omissão”. (FREITAS, Luiz Fernando Calil. *Direitos fundamentais. Limites e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 45).

²⁹ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 86 e 95.





Da inserção comunitária dos direitos fundamentais decorre a obrigação de o Estado velar pela integridade dos bens jurídicos protegidos pelos direitos fundamentais e pela não perturbação do exercício das actividades por eles tipicamente protegidas, não apenas perante as entidades públicas, mas também relativamente a agressões ou ameaças providas de outros particulares, mesmo quando estes fundamentam a sua actuação perturbadora ou agressiva na titularidade dos mesmos ou de outros direitos fundamentais. (grifo nosso)

Curial é sublinhar, na esteira de Habermas, que o Direito rege as relações jurídicas entre indivíduos que se reconhecem reciprocamente no mundo da vida. A função do Direito é a de assegurar as estruturas do agir comunicativo, sendo que o descumprimento da norma implica em deslealdade comunicativa, pela negação do reconhecimento intersubjetivo³⁰.

Nesse prisma, a Constituição Federal, no artigo 182, estabeleceu que a política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objeto ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes, prevendo, em seu § 1º, o plano diretor, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, como instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

A Lei nº 6.766/76 (Lei Lehmann) dispõe sobre o parcelamento do solo urbano, o qual tem como espécies o loteamento (com a abertura de novas vias de circulação, ou prolongamento, modificação ou ampliação das existentes – artigo 2º, § 1º) e o desmembramento (aproveitamento do sistema viário existente, sem a abertura de novas vias de circulação, ou prolongamento, modificação ou ampliação das existentes – artigo 2º, §2º).

Por sua vez, o zoneamento ambiental ou zoneamento ecológico-econômico, previsto na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (artigo 9º, inciso II, da Lei nº 6.938/81, regulamentado pelo Decreto nº 4.297/2002), é um instrumento essencial à ocupação humana e a preservação dos recursos naturais, sob pena de se consentir com práticas voltadas a dar inúmeros passos para trás na proteção urbanístico-ambiental.

A Lei nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), prevê, em seu artigo 2º, que a política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções

³⁰ A teoria do agir comunicativo, consoante Habermas, tenta assimilar a tensão que existe entre facticidade e validade, através da coordenação da ação e da manutenção de ordens sociais. Refere que o mundo da vida configura-se como “uma rede ramificada de ações comunicativas que se difundem em espaços sociais e épocas históricas; e as ações comunicativas não somente se alimentam das fontes das tradições culturais e das ordens legítimas, como também dependem das identidades dos indivíduos socializados”. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler, v. 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 25 e ss.





sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais: I – **garantia do direito a cidades sustentáveis**, entendido como o **direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações**; II – **gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade** na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano (grifos nossos).

Dentre os institutos jurídicos previstos no Estatuto da Cidade, destaca-se o **estudo de impacto de vizinhança**, o qual será executado de forma a contemplar os efeitos positivos e negativos do empreendimento ou atividade quanto à qualidade de vida da população residente na área e suas proximidades (artigo 37), o qual não substitui a elaboração e a aprovação do **estudo prévio de impacto ambiental** (artigo 38).

O artigo 40, § 3º, do Estatuto da Cidade, estabelece que a lei que instituir o plano diretor deverá ser revista, no mínimo, a cada dez anos, asseguradas a promoção de audiências públicas, assegurada a participação da população e das associações representativas de vários segmentos da comunidade, a publicidade e o acesso de qualquer interessado aos documentos e informações (artigo 40, § 4º, inciso I a III). Para assegurar a efetividade da revisão do plano diretor, há, inclusive, previsão de sanção de improbidade administrativa ao gestor municipal que contrarie tais disposições legais (artigo 52, incisos VI e VII).

A Resolução nº 25/2005, do Ministério das Cidades, trata das audiências públicas no processo de elaboração dos Planos Diretores Municipais.

Já a Resolução nº 369/2006, do CONAMA, admite a intervenção ou a supressão de vegetação nativa em área de preservação permanente, nos casos excepcionais de utilidade pública, interesse social ou baixo impacto ambiental, mediante autorização do órgão ambiental competente, desde que não haja alternativa técnica e locacional ao empreendimento. Dentre os casos de interesse social, estabelece os requisitos para a regularização fundiária sustentável de área urbana (artigo 9º).

A seu turno, a Lei nº 11.977/2009, que trata do Programa Minha Casa, Minha Vida, prevê a regularização fundiária em assentamentos urbanos, estabelecendo, em seu artigo 46, que a regularização fundiária consiste no conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais que visam à regularização de assentamentos irregulares e à titulação de seus ocupantes, de modo a garantir o direito social à moradia, o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Nessa linha de raciocínio, a ideia de proteção do ambiente (e da qualidade de vida dos cidadãos) significa que o Estado tem o dever: “(1) de combater os





perigos (concretos) incidentes sobre o ambiente, a fim de proteger outros direitos fundamentais imbricados com o ambiente (direito à vida, à integridade física, à saúde); (2) de proteger os cidadãos (particulares) de agressões ao ambiente e à qualidade de vida perpetradas por outros cidadãos (particulares)”³¹.

Por conseguinte, num Estado que tem por base o princípio da dignidade da pessoa humana “**é a pessoa que é fim em si** (...) o Estado é instrumento que não existe para si, mas que serve as pessoas individuais, assegurando e promovendo a dignidade, autonomia, liberdade e bem-estar”.³² (grifo nosso)

5 **A incidência dos princípios da vedação da proteção insuficiente e da proibição do retrocesso urbanístico-ambiental: o direito à cidade sustentável como trunfo**

A Constituição não é um mero pedaço de papel.³³ Ao revés, possui força normativa e vincula os Poderes Constituídos, como se depreende da lição de Hesse:

A Constituição jurídica logra conferir forma e modificação à realidade. Ela logra despertar ‘a força que reside na natureza das coisas’, tornando-se ativa. Ela própria converte-se em força ativa que influi e determina a realidade política e social. Essa força impõe-se de forma tanto mais efetiva quanto mais ampla for a convicção sobre a inviolabilidade da Constituição, quanto mais forte mostrar-se essa convicção entre os principais responsáveis pela vida constitucional. Portanto, a intensidade da força normativa da Constituição apresenta-se, em primeiro plano, como uma questão de vontade normativa, de vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*).

A interpretação constitucional configura um “*processo tópico-sistemático*, de maneira que resulta imperativo, no exame do caso, alcançar solução de equilíbrio entre formalismo e pragmatismo, evitando-se soluções unilaterais e respeitando a constituição em sua abertura dialógica e em seu caráter histórico não-linear”.³⁴

³¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos fundamentais*. 1. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2. Ed. Coimbra Editora: Coimbra, 2008, p. 188.

³² NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 52.

³³ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 24. Na lição de Häberle, “*A sociedade é livre e aberta na medida que se amplia o círculo de intérpretes da Constituição em sentido lato*”. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 40.

³⁴ Cf. FREITAS, Juarez. “A melhor interpretação constitucional ‘versus’ a única resposta correta”. *Interpretação Constitucional*. Org. Virgílio Afonso da Silva. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 354.





Wróblewski³⁵ apresenta três tipos principais de funções da interpretação constitucional: a) orientação: consiste em oferecer uma informação acerca de quais comportamentos estão em consonância com as regras constitucionais, vinculando todos os órgãos do Estado e demais destinatários de uma Constituição; b) aplicação: surge na interpretação operativa da Constituição; c) controle: no caso de determinadas instituições cuja tarefa consista em controlar a observância da Constituição. Salienta, enfim, que a interpretação constitucional deve apresentar-se como uma decisão interpretativa apropriadamente justificada.

Como refere Cordeiro, na introdução à obra de Canaris sobre o pensamento sistemático e o conceito de sistema na Ciência do Direito, “Perante um problema a resolver, não se aplica, apenas, a norma primacialmente vocacionada para a solução: todo o Direito é chamado a depôr. Por isso, há que lidar com os diversos ramos do Direito, em termos articulados, com relevo para a Constituição – a interpretação deve ser conforme a Constituição”.³⁶

Daí que o princípio da proporcionalidade não pode ser visto apenas como proibição do excesso, porquanto apresenta dupla perspectiva, englobando em seu conceito o **princípio da vedação da proteção insuficiente**, o qual significa que o Estado deve assegurar positivamente a defesa dos direitos humanos e fundamentais, sobretudo quando as ameaças são provenientes dos “poderes privados”.

Consoante o magistério de Canaris,³⁷ é “preciso verificar *se a protecção satisfaz as exigências mínimas na sua eficiência e se bens jurídicos e interesses contrapostos não estão sobre-avaliados*”, em virtude da aplicação do princípio da proibição de insuficiência, aplicável não apenas no controle jurídico-constitucional de uma omissão legislativa, mas, também, “nos correspondentes problemas no quadro da aplicação e do desenvolvimento judiciais do direito”.

Vale colacionar o entendimento de Sarlet, referindo-se à tutela penal do Estado:³⁸

(...) o Estado – também na esfera penal – poderá frustrar o seu dever de proteção atuando de modo insuficiente (isto é, ficando aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos) ou mesmo deixando de atuar, hipótese, por sua vez, vinculada (pelo menos em boa parte) à problemática das omissões inconstitucionais.

³⁵ WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Trad. Arantxa Azurza. Madrid: Civitas, 1985, pp. 94/5.

³⁶ CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. CXI.

³⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2006, pp. 123-4.

³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. “Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, nº 47, 2004, p. 98.





Vinicius de Melo Lima

É nesse sentido que – como contraponto à assim designada proibição de excesso – expressiva doutrina e inclusive jurisprudência têm admitido a existência daquilo que se convencionou batizar de proibição da insuficiência (no sentido de insuficiente implementação dos deveres de proteção do Estado e como tradução livre do alemão *Untermassverbot*).

Já o princípio da **proibição do retrocesso social**, na lição de Canotilho,³⁹ pode formular-se assim:

o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas (“lei da segurança nacional”, “lei do subsídio de desemprego”, “lei do serviço de saúde”) deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação’ pura a simples desse núcleo essencial”.

Na sua feição urbanístico-ambiental, visa atribuir juridicidade à aquisição, pela comunidade, de um determinado patamar de proteção ambiental, de tal modo que se veda um tratamento deficitário em tal matéria, pois, em última análise, está em jogo a própria qualidade de vida na cidade.

Isso porque a “atividade econômica não pode ser exercida em desarmonia com os princípios destinados a tornar efetiva a proteção ao meio ambiente” (ver Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.540-1, Pleno do Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Celso de Mello, j. 1^o-9-2005).

Em recente decisão, o Superior Tribunal de Justiça manteve decisão que determinou a demolição de um prédio de nove andares, na cidade de São Paulo, em área onde somente se admitem residências unifamiliares, por infringência à ordem urbanística, valendo-se, dentre outros fundamentos, do princípio do retrocesso urbanístico-ambiental.

Nesse sentido, cumpre trazer à colação trechos do voto do Ministro Herman Benjamin (Relator):

[...] Em linha de princípio – princípio inescapável –, o Estado só está autorizado a flexibilizar restrições urbanístico-ambientais convencionais na presença de **inequívoco interesse público**, incapaz de ser atendido por outra via ou mecanismo menos gravoso à coletividade de vizinhos, **jamaís para satisfazer interesses políticos de momento, contingências eleitorais, arroubos populistas, objetivos imediatistas, ou para se curvar a demandas da febre insaciável da especulação imobiliária**.

Vale dizer, o legislador pode, sim, abrandar as exigências urbanístico-ambientais convencionais. No entanto, ao contrário do amplo poder de intervenção que lhe confere a ordem constitucional e legal vigente para aumentar seu rigor, ao reduzi-lo só poderá fazê-lo em circunstâncias excepcionais e de maneira cabalmente motivada. Essa regra geral,

³⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 339-340.





aplicável ao Direito Urbanístico (em sintonia com igual fenômeno no Direito Ambiental), é decorrência **da crescente escassez de espaços verdes e dilapidação da qualidade de vida nas cidades e submete-se ao princípio da não-regressão (ou, por outra terminologia, princípio da proibição de retrocesso), garantia de que os avanços urbanístico-ambientais conquistados no passado não serão destruídos ou negados pela geração atual.** (Recurso Especial nº 302906, Segunda Turma do STJ, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 26-8-2010; grifos nossos)

Consoante a lição de Krell,⁴⁰ acerca da aplicação do princípio da proibição do retrocesso:

A referida vedação jurídico-constitucional da pretendida diminuição da proteção do litoral encontra respaldo também no **princípio da ‘proibição do retrocesso’**, hoje progressivamente aceito entre os constitucionalistas nacionais e estrangeiros, que veta que o poder estatal tome medidas legais ou administrativas que diminuam o nível de proteção uma vez alcançado de um direito fundamental, seja ele de segunda ou terceira ‘geração’ (ou ‘dimensão’).

[...] Negar a incidência da ‘proibição do retrocesso’ significaria, em última análise, admitir que o legislador municipal, a despeito de estar inquestionavelmente vinculado ao direito fundamental ao ambiente equilibrado e às normas constitucionais sobre o desenvolvimento urbano sustentável e a proteção do litoral, dispõe do poder de tomar livremente suas decisões mesmo em flagrante desrespeito à vontade expressa das Constituições federal e estadual.

Assim, **a supressão da limitação da altura dos prédios no litoral pode representar a revogação pura e simples de normas locais protetivas anteriores, pela qual o legislador municipal esvaziou o comando constitucional do art. 225, § 4º, CF** “exatamente como se dispusesse contra ele diretamente (p. 281-3; grifos nossos).

O direito à cidade sustentável insere-se na categoria de “trunfo”, tal como no jogo de cartas, impondo a observância por parte dos demais participantes, cuja ideia inspiradora remonta às lições de Dworkin,⁴¹ voltada aos direitos fundamentais individuais. Por outro lado, tal concepção possui maior abrangência, haja vista a evolução da teoria dos direitos fundamentais, consideradas as suas múltiplas dimensões ou gerações, deitando raízes, inclusive, nos direitos fundamentais sociais e coletivos *lato sensu*.

⁴⁰ KRELL, Andreas. “A falta de sustentabilidade jurídico-ambiental da ocupação do litoral brasileiro pela construção civil”. In DAIBERT, Arlindo. *Direito ambiental comparado*. Belo Horizonte, Fórum, 2008, p. 271-307.

⁴¹ Dworkin sustenta que “Os direitos individuais são trunfos políticos que os indivíduos detêm. Os indivíduos têm direitos quando, por alguma razão, um objetivo comum não configura uma justificativa suficiente para negar-lhes aquilo que, enquanto indivíduos, desejam ter ou fazer, ou quando não há uma justificativa suficiente para lhes impor alguma perda ou dano”. Cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, Introdução, XV.





Assim, os direitos fundamentais são trunfos contra a maioria, de tal modo que devem ser respeitados pelos atores sociais, em homenagem ao princípio do Estado de Direito. Vale trazer a lume o magistério de Novais:⁴²

Qualquer direito fundamental cede, e deve ceder, quando nas circunstâncias do caso concreto há um outro valor, bem ou princípio que apresenta maior peso que o interesse jusfundamental. **Cabe, então, à jurisdição constitucional assegurar a força de resistência dos direitos fundamentais, verificando quando o peso de um interesse digno de protecção é suficientemente forte para justificar, à luz dos princípios constitucionais, a cedência do direito fundamental ou quando, pelo contrário, a invocação de uma razão de interesse público apenas esconde o desígnio de imposição da mundivivência particular dos detentores conjunturais do poder em atropelo ao sentido dos direitos fundamentais enquanto trunfos contra a decisão da maioria.** (grifo nosso)

A título de ilustração, nas hipóteses em que a Constituição prevê a exigência de prévio estudo de impacto ambiental, para a instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de *significativa* degradação do meio ambiente (artigo 225, § 1º, inciso IV), o ônus da demonstração da compatibilidade constitucional recai sobre o empreendedor, sendo que, em caso de eventual dúvida, milita presunção em favor do ambiente, ou seja, o princípio *in dubio pro ambiente*, diante da natureza jurídica do direito posto em causa.

Nos casos difíceis ou limítrofes, os juízos de ponderação devem estar amparados em consistente fundamentação racional, subjacente à concepção de trunfo dos direitos fundamentais, numa resistência em face das maiorias conjunturais, forjadas, não raras vezes, ao talante de interesses financeiros ou eleitorais, haja vista a pressão exercida pelos denominados poderes privados. Entendimento diverso implicaria na convalidação de um decisionismo manifestamente inconstitucional, frustrando as expectativas legítimas dos cidadãos e a própria essência da jurisdição na salvaguarda dos direitos fundamentais.

Vale dizer que o Direito Urbanístico-Ambiental possui uma função promocional ou precursora de valores, de modo que se apresenta frágil o argumento calcado no costume ou na adequação social da conduta para se promover a derrogação de normas protetivas, sob pena de se tolerar, paralelamente, as queimadas, o corte de árvores nativas, a utilização indiscriminada de agrotóxicos, dentre outras práticas de degradam o ambiente e as áreas protegidas, contribuindo para as mudanças climáticas, comprometendo, dessa maneira, a própria vida das pessoas nas cidades.

Sobreleva notar, ainda, a missão constitucional do Ministério Público na concretização dos direitos de terceira geração ou dimensão (preservação ambiental e da ordem urbanística), mormente em face do avanço da urbanização no litoral norte gaúcho.

⁴² NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, pp. 58-9.





6 A atuação do Ministério Público e a tutela da cidade: do papel à concretização no mundo da vida

No decorrer de sua evolução e trajetória histórica, a Instituição do Ministério Público, nomeadamente com o advento da Constituição vigente, conquistou a árdua e nobre missão de transformação social e indução de políticas públicas.

E essa transformação implica, dentre outras consequências, na correção de rumos da Administração Pública visando à probidade administrativa; na proteção penal dos bens jurídicos individuais e coletivos, em especial diante das novas formas de criminalidade organizada; na tutela do meio ambiente, da sustentabilidade das cidades e dos consumidores diante dos riscos provenientes da atuação dos “poderes privados”; no atendimento às pessoas que acorrem angustiadas às Promotorias de Justiça em busca do fornecimento de um leito hospitalar, de medicamentos, de uma vaga em uma escola. Tais situações exemplificam a importância do papel do Ministério Público no contexto de um Estado Democrático de Direito.

Dentre as respectivas funções, o artigo 129, inciso II, prevê a figura do *ombudsman*, isto é, do agente voltado a ouvir os reclamos da sociedade e adotar providências para a melhoria dos serviços públicos ou dos serviços de utilidade pública, valendo-se, dentre outros instrumentos, do inquérito civil e da ação civil pública, conforme o inciso III do ventilado dispositivo constitucional.

O inquérito civil é “procedimento investigatório não contraditório; nele não se decidem interesses nem se aplicam sanções; antes, ressalte-se sua informalidade”.⁴³

A ação civil pública é um importante instrumento de transformação social, erigido à cláusula pétrea, para alguns doutrinadores, dada a magnitude em relação às providências no mundo da vida que pode alcançar.

O Termo de Ajustamento de Conduta também constitui outra ferramenta indispensável na defesa da ordem urbanístico-ambiental.

Cumprе sublinhar que foi desenvolvido um grupo de trabalho envolvendo os Ministérios Públicos Federal e Estadual, contando com a parceria do Centro de Estudos de Geologia Costeira e Oceânica do Instituto de Geociências da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (CECO/IG/UFRGS), do Comando Ambiental da Brigada Militar do Estado (CABM), do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), da Fundação Estadual de Proteção Ambiental Henrique Luis Roessler (FEPAM), da Secretaria do Patrimônio da União (SPU), do Comitê da Bacia Hidrográfica do Litoral Norte e da organização não-governamental Greenpeace, voltado à aferição da situação ambiental do litoral norte do Rio Grande do Sul, com a identificações

⁴³ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. São Paulo: Saraiva, p. 339.





Vinicius de Melo Lima

de várias questões, a exemplo da ocupação humana e do tratamento do esgoto nos Municípios litorâneos.

De igual modo, foi instaurado Inquérito Civil de âmbito regional para apurar o avanço da monocultura do arroz em áreas de preservação permanente no litoral norte, sendo firmados Termos de Ajustamento de Conduta para a formação de corredores ecológicos na Bacia Hidrográfica do Rio Mampituba.

Reportando-se ao caso de Torres, vale lembrar, a título ilustrativo, que a Justiça Federal julgou procedente ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal para implantar e a instalar sistema de tratamento de esgoto cloacal, bem como localizar, fiscalizar e determinar o desfazimento das ligações clandestinas na rede de esgoto da cidade, dentre outras providências.

No âmbito urbanístico, o Ministério Público Estadual ajuizou ação civil pública contra empresa do ramo da construção civil e o Município de Torres, em face da expedição de alvará pelo Município para a construção em uma determinada zona – para a qual não há previsão de limite de altura - de um prédio de 29 andares. Pleiteou, liminarmente, a suspensão do alvará em questão, bem como para que o Poder Público se abstenha de conceder novos alvarás para empreendimentos com mais de 30 metros (10 andares), sem os estudos de impacto ambiental e de vizinhança. No mérito, pleiteou a procedência da demanda, com os seguintes pedidos: 1) declaração de nulidade do alvará de construção emitido em favor da empresa demandada (construtora); 2) condenação do Município de Torres à obrigação de não-fazer consistente na abstenção de concessão de novos alvarás para a construção de novas edificações com altura superior a 30 metros (10 andares), ou outra fixada em aprofundado estudo de impacto ambiental e de vizinhança, nas zonas em que o Plano Diretor local não limita alturas.

O Tribunal de Justiça proveu em parte o Agravo de Instrumento interposto pelo Ministério Público, diante da decisão de primeiro grau que indeferiu a liminar, determinando que, em relação ao empreendimento em questão, fosse autorizada a construção até 21 andares, sem prévio estudo de impacto ambiental e de vizinhança, invocando o “costume local” (voto médio), bem como que o Município se abstenha de autorizar a construção de novos empreendimentos com mais de 10 andares, sem os referidos estudos (Agravo de Instrumento nº 70026351486, Vigésima Segunda Câmara Cível do TJRS, Relatora Des^a Mara Larsen Chechi, j. 30-4-2009).

Na sequência, a Ministra Carmen Lúcia negou seguimento à Reclamação interposta por empresas do ramo da construção civil estabelecidas no Município de Torres, aduzindo que “(...) a efetiva defesa do meio ambiente impõe que o Poder Público adote a conduta pretendida (obrigação de não-fazer) não apenas em relação à empresa-ré, mas à todas aquelas enquadradas na mesma situação, donde a necessidade no afastamento da interpretação do Plano Diretor municipal que permite a expedição de alvarás para edificações com altura que agrida ao





meio ambiente”. Concluiu que “o instrumento constitucional da Reclamação não se presta a antecipar julgados, a atalhar julgamentos, a fazer sucumbir decisões sem que se atenha à legislação processual específica qualquer discussão ou litígio a ser solucionado juridicamente (Reclamação nº 8336, Relatora Ministra Carmem Lúcia, Supremo Tribunal Federal, 3-6-2009).

Na análise do pedido de suspensão de tutela antecipada, o Ministro Gilmar Mendes destacou que “Quanto à suspensão do alvará 086/2007, tem-se que, antes pelo contrário, a concessão da suspensão da tutela antecipada é que poderia representar grave lesão à ordem pública uma vez que, vindo a ser comprovada a irregularidade do projeto aprovado, o prosseguimento das obras só fará expor a população a um meio ambiente prejudicial e agravar os prejuízos do próprio construtor”. Ressaltou, também, que “o comando genérico para que, até decisão final da lide, nenhum empreendimento seja licenciado sem obediência às limitações cuja incidência são discutidas na ação civil pública de origem, é medida de cautela que se por um lado reduz o lucro de alguns, por outro evita danos futuros muito maiores a serem suportados por toda a coletividade” (Suspensão de Tutela Antecipada nº 337, Ministro Gilmar Mendes, Supremo Tribunal Federal, 6-7-2009).

A seu turno, o Tribunal de Justiça, no julgamento da Apelação Cível nº 70032749566, manteve a sentença de primeiro grau que julgou procedente ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público, para decretar a nulidade de alvará emitido pelo Município de Torres para a construção de edifício com 25 andares situado em área próxima ao Parque Turístico da Guarita e ao Parque Estadual da Itapeva, nas proximidades do Parque da Guarita e do Parque da Itapeva, em face da ausência do prévio estudo de impacto ambiental (Apelação Cível nº 70032749566, Vigésima Primeira Câmara Cível do TJRS, Relator Des. Francisco José Moesch, j. 17-11-2010).

Tendo em vista a possibilidade de regularização de obras e edificações realizadas em desconformidade com o Plano Diretor do Município de Torres, nos termos da Lei Municipal nº 4.195/2008, o Tribunal de Justiça Gaúcho deferiu medida liminar, com eficácia *ex nunc*, em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Ministério Público, para suspender os efeitos do diploma legal malsinado, haja vista o vício de inconstitucionalidade decorrente da ausência de audiência pública, assegurada a participação popular, pois tal situação implica em alteração do Plano Diretor (ADIN nº 70033881541).

Em relação às ocupações humanas na área de entorno imediato ao Parque Estadual de Itapeva, o Ministério Público ajuizou ação civil pública em face do Município de Torres e do Estado do Rio Grande do Sul, pleiteando, liminarmente, a retirada das famílias que ocupam áreas de risco, bem como o assentamento das pessoas em área diversa e apropriada, provendo-lhes condições dignas de moradia, com habitações próprias à ocupação humana (ou seja, dotadas de rede





completa de água potável, rede completa de esgoto sanitário, rede completa de esgoto pluvial, rede de energia elétrica residencial, iluminação pública em todo o assentamento e calçamento e pavimentação das vias públicas. Processo nº 11000059362, 2ª Vara Cível).

Em outro caso, o Município de Torres promoveu licitação para a concessão de espaço público, qual seja, a praça Borges de Medeiros (“Praça da Prainha”), a despeito da previsão do artigo 29, inciso IX, do Plano Diretor de Torres, que considera expressamente como “*áreas de interesse paisagístico, histórico-cultural e turístico todas as praças, jardins públicos e canteiros de avenidas*”. Em razão disso, o Ministério Público ajuizou ação civil pública contra o Município de Torres, postulando, liminarmente, a suspensão da licitação e a abstenção de o Poder Público adjudicar o objeto da licitação ao vencedor, sendo deferida a liminar postulada (Processo nº 11000069414, 1ª Vara Cível).

Recentemente, foi promovido evento no Município de Torres intitulado “O Plano Diretor e o Desenvolvimento Urbano: uma proposta em construção”, o qual contou com a inestimável contribuição dos Colegas Promotores de Justiça Dr. Luciano de Faria Brasil e Dra. Lisandra Demari, bem como das valiosas lições técnicas do Arquiteto André Huyer, do Geólogo Sérgio Buffon e do Biólogo Luiz Fernando de Souza, lotados na Divisão de Assessoramento Técnico do Ministério Público, com expressiva participação da comunidade torrense.

7 Conclusões

A gestão da cidade tem sido alvo de preocupação no cenário sociojurídico, haja vista os inúmeros problemas decorrentes da expansão urbana desenfreada e do crescimento desordenado, derramando efeitos nas condições de vida humana na urbe.

Nesse sentido, a interpretação do emaranhado normativo deve ajustar-se à atual quadra vivida, pautada pela necessidade de uma atuação harmônica entre os Poderes e Instituições na tutela da ordem urbanístico-ambiental.

Mister é trazer a lume os problemas suscitados no presente estudo, quais sejam: Qual o lugar do Direito na tutela da cidade sustentável? Qual a atuação do Ministério Público e de que instrumentos jurídicos o agente ministerial dispõe para a tutela urbanístico-ambiental?

A liberdade do indivíduo e o seu desenvolvimento somente atingem sua plenitude na relação do ser com o outro. Se é verdade que “ninguém pode banhar-se duas vezes no mesmo rio” (Heráclito), não menos certa é a constatação de que os fundamentos axiológicos do contrato social permanecem inalterados, traduzidos no dever fundamental de solidariedade e da noção de “liberdade com responsabilidade”.





A responsabilidade comunitária do indivíduo é o rosto da democracia, dos direitos humanos e fundamentais, em suas múltiplas dimensões ou gerações, sendo tal acolhida pelas Constituições de vários países, sobretudo o Brasil.

A concretização dos direitos sociais e coletivos *lato sensu* no horizonte democrático pátrio é um desafio da comunidade, dos Poderes Constituídos e das Instituições. Noutras palavras, a tutela do meio ambiente e da ordem urbanística, entre outros direitos, é reflexo da participação democrática dos atores sociais.

Assumem relevo os princípios da vedação da proteção insuficiente e da proibição do retrocesso urbanístico-ambiental, o zoneamento ambiental (econômico-ecológico), os estudos de impacto ambiental e de vizinhança, bem como o aprimoramento das audiências públicas na elaboração e da revisão dos Planos Diretores, no contexto da implementação do direito fundamental à cidade sustentável.

É possível falar-se em uma função promocional ou precursora do Direito Urbanístico-Ambiental, de tal modo que a admissão, por exemplo, do costume ou da adequação social da conduta para a derrogação de normas protetivas afigura-se prática que destoa do comando constitucional instituidor do dever fundamental de proteção ambiental (artigo 225 da Constituição Federal).

Nessa senda, a interpretação da teoria do fato consumado deve ser restritiva, de modo que somente as situações de fato com amparo na boa-fé objetiva mereçam respaldo, sob pena de violação da ordem urbanística e do princípio da isonomia.

A seu turno, imperativa é a concepção de trunfo, a qual constitui verdadeira chave hermenêutica para a resolução das situações de colisão envolvendo o direito fundamental à cidade sustentável e a ordem urbanístico-ambiental, conferindo limites objetivos à decisão de ponderação, sob pena de se instituir uma “cidade de papel”, moldada em diplomas normativos e projetos, mas distanciada do cenário concreto das ruas.

Por sua vez, a Carta da República incumbiu à Instituição do Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, constituindo verdadeiro divisor de águas na história e na trajetória do Ministério Público Brasileiro, com inequívoco perfil e traços característicos em relação a outros regimes jurídicos além-fronteiras.

O compartilhamento de dados e informações e a atuação conjunta dos Ministérios Públicos Estadual e Federal, contando com o apoio de instituições e entidades representativas da comunidade, são essenciais para a proteção da biodiversidade e da ecologia da paisagem no litoral norte gaúcho.

O Inquérito Civil, o Termo de Ajustamento de Conduta e a Ação Civil Pública são instrumentos indispensáveis à transformação socioecológica e urbanística, com a implementação de políticas públicas ambientais e de regularização fundiária.





Ao findar estas linhas, aproxima-se a noite em Torres, e o ir e vir das ondas do mar, além da calorosa acolhida, embalam a vida comunitária, movimentados que estão o comércio local e o setor de prestação de serviços com a vinda dos turistas para a temporada do veraneio. É preciso atentar-se para o fato de que o “interesse público”, não raras vezes, é lançado como “biombo” por alguns, como argumento para justificar o ímpeto de acumulação de capital, em detrimento das expectativas em torno da efetivação de uma cidade sustentável no porvir.

8 Referências bibliográficas

BECK, Ulrich. *Risk Society*. Towards a New Modernity. Trad. Mark Ritter. London, Thousand Oaks, New Dehli, Sage Publications, 1992.

_____; GUIDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997.

BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. Trad. Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2001.

BORGES, Anselmo. “O crime econômico na perspectiva filosófico-teológica”. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. nº 10, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 7 e ss..

BUCHANAN, James M. *The demand and supply of public goods*. Rand McNally Economics Series, 1968.

CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

_____. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

_____. *Estudos sobre Direitos fundamentais*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2. ed. Coimbra Editora: Coimbra, 2008.

DIAS, Augusto Silva. “A estrutura dos direitos ao ambiente e à qualidade dos bens de consumo e sua repercussão na teoria do bem jurídico e na das causas de justificação”. *Jornadas de Homenagem ao Professor Doutor Cavaleiro de Ferreira*. Lisboa: Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1995, pp. 181-234.

_____. “What if everybody did it? Da incapacidade de ressonância do Direito Penal à figura da acumulação”. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, nº 13, 2003, pp. 303-45.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, Introdução, XV.

FEINBERG, Joel. *Harmless wrongdoing (the moral limites of the criminal law)*, v. IV, 1988.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. 2. ed. Madrid: Trotta, 2001.





O direito fundamental à cidade sustentável e a atuação do ministério público: estudo de caso

FRANCO, António Luciano de Sousa. *Manual de Finanças Públicas e Direito Financeiro*. v. 1. 4. ed. Lisboa, 1974.

FREITAS, Juarez. “A melhor interpretação constitucional ‘versus’ a única resposta correta”. *Interpretação Constitucional*. Org. Virgílio Afonso da Silva. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

FREITAS, Luiz Fernando Calil. *Direitos fundamentais. Limites e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler, v. 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 25 e ss.

HEFENDEHL, Roland. *Debe ocuparse el Derecho Penal de Riesgos Futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto*. Disponível em <http://www.criminet.ugr.es/recpc>. Acesso em 10 de janeiro de 2011.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

LUIZELLI, Bequi Barros Behar. “Avaliação dos dados de sistema de esgotamento sanitário disponibilizados pelos Municípios do Litoral Norte do RS”. In: *Situação Ambiental do Litoral Norte do Estado do Rio Grande do Sul (2010)*. GT Litoral Norte. Informação Técnica nº 01/2010. Org. e Coord.: Bequi Barros Behar Luizelli, Luiz Fernando de Souza e André Weissheimer de Borba, fev. 2010.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2005.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 16.ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Malheiros, 2008.

NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. “A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos”. *Por uma liberdade com responsabilidade*. Estudos sobre direitos e deveres fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

_____. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

_____. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. Direitos Fundamentais. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Trad. Carlos Pinto Correia. 2. ed. Lisboa: Editorial Presença, 2001.

RUSCHEL, Ruy Ruben. *Torres tem história*. Nilza Huyer Ely (Org.) Porto Alegre: EST, 2004.





Vinicius de Melo Lima

SARLET, Ingo Wolfgang. “Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, nº 47, 2004.

SGUBBI, Filippo. “L’Interesse diffuso come oggetto della tutela penale (considerazioni svolte com particolare riguardo alla protezione del consumatore)”, *In: La Tutela degli Interessi Diffusi nel Diritto Comparato*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1976, pp. 547-94.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

“The Free Rider Problem”. *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/free-rider/>>. Acesso em 10 de janeiro de 2011.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Trad. Arantxa Azurza. Madrid: Civitas, 1985.

